

## Tilburg University

### Het geheel is meer dan de som der delen

Vlemminx, F.M.C.

*Published in:*

Amici Curiae, Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

*Publication date:*

2012

*Document Version*

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Vlemminx, F. M. C. (2012). Het geheel is meer dan de som der delen. In J. Gerards, & A. Terlouw (Eds.), *Amici Curiae, Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens* (pp. 285-292). Wolf Legal Publishers (WLP).

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# HET GEHEEL IS MEER DAN DE SOM DER DELEN

F.M.C. Vlemminx

Universitair docent Staats- en bestuursrecht bij de vakgroep Publiek recht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van de Universiteit van Tilburg

## Inleiding

Wanneer de vraag wordt opgeworpen hoe de werklast van het EHRM kan worden verminderd verdient ook de taakvervulling door de nationale rechter aandacht. In 2009 herinnert de toenmalige President van het EHRM, Jean-Paul Costa, de 47 lidstaten van het EVRM er aan dat het individuele klachtrecht inmiddels is uitgegroeid tot ‘the cornerstone of a mechanism of collective guarantee whose reach extends to 800 million persons’.<sup>1</sup> Dit betekent niet dat de subsidiariteit van de rechtsbescherming door het EHRM aan belang inboet. Integendeel zelfs. De President van het EHRM merkt over ‘what is often called subsidiarity’ op: ‘It is perhaps more appropriate to refer to the sharing of responsibility for the protection of human rights between the national authorities and the Court.’<sup>2</sup> Dat concept van gedeelde verantwoordelijkheid brengt met zich mee dat de lidstaten zich beter zullen moeten kwijten van hun taken onder het EVRM. Sterker nog dan voorheen geldt ‘that it is in the first place for the national authorities and courts to prevent, or, when they fail do so, examine and put right any violation of the Convention.’<sup>3</sup> In deze bijdrage worden de schijnwerpers gericht op de Nederlandse bestuursrechter. Geeft de Nederlandse bestuursrechter voldoende gehoor aan de opdracht die het EVRM volgens de President van het EHRM verstrekt? Dat valt te betwijfelen. Tracht hij, om dat er maar eens uit te lichten, dreigende schendingen van het EVRM altijd te voorkomen en stelt hij steeds een grondig onderzoek in wanneer een rechtzoekende burger op verdedigbare gronden beweert dat er een schending plaatsvindt? Als de Nederlandse bestuursrechter bij een beroep op het EVRM minder formalistisch zou oordelen en meer naar de context en de geschiedenis van de zaak zou kijken zouden er bij het EHRM minder klachten worden ingediend. De bestuursrechter geeft er zich te weinig rekenschap van dat hij een beroep op het EVRM niet op dezelfde manier kan afwikkelen als een beroep op willekeurig welk ander verdrag. Het EVRM is geen doorsnee verdrag.<sup>4</sup> Het roept rechten en vrijheden in het leven waarop burgers op internationaal niveau direct aanspraak maken.<sup>5</sup> Burgers verlangen dan ook terecht dat die rechten en vrijheden serieus worden genomen en dat daar door de bestuursrechter blijk van wordt gegeven.

## De schaar van de bestuursrechter

---

<sup>1</sup> Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a view to preparing the Interlaken conference (te vinden op [www.coe.int](http://www.coe.int)), p. 1.

<sup>2</sup> Memorandum, p. 4.

<sup>3</sup> Memorandum, p. 4.

<sup>4</sup> EHRM 4 februari 2005, 46827/99, AB 2005/274, NJ 2005/32 (Mamatkulov en Askarov t. Turkije), par. 100.

<sup>5</sup> EHRM 4 februari 2005, 46827/99, AB 2005/274, NJ 2005/32 (Mamatkulov en Askarov t. Turkije), par. 122.

Kijken we naar de jurisprudentie van de Nederlandse bestuursrechter dan valt op hoe afstandelijk en zelfs kil deze rechter vaak met een beroep op het EVRM omgaat. Ook valt op hoe vaardig de bestuursrechter de schaar hanteert. Hij houdt ervan dingen in stukjes te knippen want afzonderlijke stukjes zijn gemakkelijker buiten de deur te werken dan het grote geheel. Dat geknip leidt er echter toe dat uitspraken waarbij een beroep op het EVRM wordt afgewezen of niet volledig wordt gehonoreerd, vaak allesbehalve uitblinken in overtuigingskracht. Wat kan er zoal met de schaar worden bewerkt? Bijvoorbeeld het betoog van de burger die in beroep gaat. De bestuursrechter kan sommige punten eruit lichten en lastiger punten wegmoffelen. Ook de beperkingsclausule waarvan het recht in het EVRM is voorzien, kan onder handen worden genomen. De verschillende onderdelen van de beperkingsclausule staan dan helemaal los van elkaar en hoewel de zaak geen schoonheidsprijs verdient kan hij dan op ieder onderdeel nog net door de beugel. Maar de bestuursrechter kan ook de casuspositie in stukjes knippen en bij dat onderwerp blijven we even stilstaan.

Als voorbeeld nemen we een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 6 oktober 2010 betreffende een uit artikel 8 EVRM voortvloeiende positieve verplichting om bescherming te verlenen tegen pesterij.<sup>6</sup> In deze zaak procederen twee appellanten reeds enkele jaren tegen het gemeentebestuur teneinde te bereiken dat het een einde maakt aan grootschalige overtredingen van een bestemmingsplan. Gedurende deze procedures die steeds door appellanten worden gewonnen, plant de overtreder in een weiland tegenover hun woning en precies over de lengte van hun perceel een houtwal aan om hun het uitzicht over de weilanden te ontnemen. De overtreder verklaart openlijk op televisie dat hij op die manier druk uitoefent om de procedures stop te zetten. De aanplant is echter in strijd met de Algemene Plaatselijke Verordening, want, zo blijkt uit een politierapport, de houtwal veroorzaakt een ernstige verkeersonveilige situatie. Ondanks dat politierapport weigert het gemeentebestuur handhavend op te treden tegen de houtwal en pas nadat die weigering door de rechtbank is vernietigd en het gemeentebestuur tegen die uitspraak hoger beroep heeft aangetekend, volgt er op 6 april 2010 een handhavingsbesluit waarin de overtreder de keuze wordt gelaten om de houtwal hetzij te verwijderen hetzij te snoeien en gesnoeid te houden. Vervolgens wordt de houtwal natuurlijk niet verwijderd maar alleen gesnoeid. Appellanten klagen met een beroep op het arrest *Surugiu*<sup>7</sup> van het EHRM over schending van artikel 8 EVRM omdat het college van burgemeester en wethouders hen op deze manier niet efficiënt genoeg beschermt tegen de pestactie. Per slot van rekening keert de houtwal na iedere snoeibeurt terug en dreigt het drama zich steeds te herhalen. De Afdeling vindt niet 'dat het college met het besluit van 6 april 2010 zijn uit artikel 8 van het EVRM voortvloeiende verplichting heeft veronachtzaamd' want er wordt 'in elk geval bewerkstelligd dat de houtwal (...) op zodanige wijze wordt gesnoeid dat het vrije uitzicht (...) niet wordt belemmerd althans niet in zodanige mate dat een inmenging in het recht neergelegd in artikel 8 van het EVRM plaatsvindt.' Aan de uitspraak valt op dat uitsluitend gelet wordt op het besluit. Er wordt niet gekeken naar *wat er tevoren is gebeurd*. Nergens keert terug dat het college na de Voorzitter van de Afdeling vergeefs om schorsing van de uitspraak van de rechtbank te

---

<sup>6</sup> ABRvS 6 oktober 2010, LJN: BN9561.

<sup>7</sup> EHRM 20 april 2004, 48995/99 (*Surugiu t. Roemenië*).

hebben verzocht,<sup>8</sup> in zijn weigering blijft volharden en het handhavingsbesluit pas heeft genomen toen appellanten de Voorzitter om een voorlopige voorziening verzochten en de zitting van 15 april 2010 waarin dat verzoek zou worden behandeld, snel naderbij kwam.<sup>9</sup> Evenmin wordt er gelet op *wat er tegelijkertijd gebeurt*. Appellanten betogen dat het college met zijn handelwijze een verkeerd signaal afgeeft, te weten, dat pestacties gewoon zijn toegestaan, en dat zij, appellanten, tegelijkertijd het slachtoffer zijn van andere pestacties. De Afdeling acht die context niet relevant. Volgens haar ligt ‘slechts het besluit van 6 april 2010 ter beoordeling voor’. Tot slot wordt er evenmin op gelet *wat er naderhand gebeurt*. Appellanten wijzen erop dat de betreffende APV-bepaling naar aanleiding van de hele kwestie op 27 mei 2010 werd aangepast. Daarom wordt er door de gemeentelijke wetgever ingegrepen in de procedure bij de rechter. Zo’n ingreep valt uitsluitend met artikel 6 EVRM te verenigen wanneer er sprake is van ‘compelling grounds of the general interest’.<sup>10</sup> Zulke gronden doen zich hier niet voor. Integendeel, de wijziging van de APV-bepaling druist op het punt van de verkeersveiligheid in tegen het advies van de VNG. Aan dit betoog ‘gaat de Afdeling voorbij omdat het besluit dat ter beoordeling voorligt, dateert van 6 april 2010 en derhalve van vóór de wijziging van (...) de APV.’ Dat moeiteloos te voorspellen valt dat het uiterst onwillige gemeentebestuur de nieuwe redactie van de bepaling tegen appellanten gaat uitspelen, speelt voor de Afdeling geen rol. In deze uitspraak geeft de Afdeling dan ook nergens blijk van ook maar enige afkeuring. Gelet op de overwegingen heeft het college van burgemeester en wethouders het allemaal keurig gedaan. Dat geldt ook voor de naleving van het EVRM. In werkelijkheid spande het college zich tot het uiterste in om de houtwal overeind te houden en de pesterij doorgang te laten vinden. In werkelijkheid moesten appellanten een harde juridische strijd voeren om het handhavingsbesluit van 6 april 2010 af te dwingen. Alleen al de wijze waarop deze uitspraak is ingekleed, roept bij de gekwelde appellanten het verlangen op om in Straatsburg een klacht in te dienen.

### **Afkeer van overdreven formalisme**

Hoe anders kijkt en redeneert het EHRM. Het EVRM garandeert praktische en effectieve rechten en dat betekent dat ‘the Court must (...) look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of.’<sup>11</sup> Wanneer het EHRM afgaat op wat er werkelijk aan de hand is moet ook de nationale bestuursrechter realiteitszin betrachten om te voorkomen dat de burger na uitputting van de nationale rechtsmiddelen in Straatsburg verhaal zal zoeken. In de zaak *Verein gegen Tierfabriken* stelt het EHRM in 2001 een schending van artikel 10 EVRM vast omdat toestemming wordt geweigerd om een reclamespotje tegen de bio-industrie op televisie uit te zenden.<sup>12</sup> In 2009 dient de zaak voor de tweede keer bij het EHRM. Het spotje mag nog steeds niet worden uitgezonden en beroep op de Zwitserse bestuursrechter haalt niets uit. Er zou niet aannemelijk zijn gemaakt dat rechtsherstel

---

<sup>8</sup> Vz ABRvS 4 maart 2010, zaaknummer 201000941/2/H3.

<sup>9</sup> Vz ABRvS 21 april 2010, LJN: BM2600.

<sup>10</sup> EHRM 27 april 2004, 62543/00, EHRC 2004/58 (Gorraiz Lizarraga e.a. t. Spanje), par. 64.

<sup>11</sup> EHRM 1 december 2005, 63252/00, RvdW 2006/161 (Păduraru t. Roemenië), par. 91.

<sup>12</sup> EHRM 28 juni 2001, 24699/94, EHRC 2001/55 (Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland).

uitsluitend mogelijk is door heropening van de procedure waarbij het beroep tegen de weigering om toestemming te verlenen werd afgewezen. Het EHRM vindt dat standpunt ‘overly formalistic’<sup>13</sup> en stelt opnieuw een schending van artikel 10 vast. In januari 2012 heeft het EHRM ook Nederland een flinke tik uitgedeeld omdat de klager via bestuursrechtelijk formalisme werd vernacheld. In deze zaak verzoekt de klager bij de minister om een verblijfsvergunning teneinde bij zijn vrouw en zijn drie kinderen te kunnen blijven. De minister weigert de aanvraag in behandeling te nemen omdat de leges van € 830 niet zijn betaald. Tegelijkertijd wordt het verzoek om vrijstelling van de leges afgewezen. De klager toont weliswaar aan dat het gezin moet rondkomen van een bijstandsuitkering van € 988 per maand maar de minister verlangt nog meer bewijs dat de klager en zijn vrouw over onvoldoende middelen beschikken en door bijvoorbeeld werk te zoeken pogingen hebben ondernomen om het geld bijeen te schrapen. De bestuursrechter schaaft zich achter de minister en kan zich wel vinden in de stelling dat de klager niet voldoende bewijs heeft geleverd. Na zich te hebben verdiept in het regime voor een bijstandsuitkering ingevolge de Wet werk en bijstand merkt het EHRM op dat het ‘fails to understand what the additional documents demanded by the Minister would have added to the social assistance pay slip.’<sup>14</sup> Vervolgens stelt het een schending van artikel 13 vast:<sup>15</sup> ‘In the circumstances of the present case, characterised as they are moreover by the disproportion between the administrative charge in issue and the actual income of the applicant’s family, the Court therefore finds that the extremely formalistic attitude of the Minister – which, endorsed by the Regional Court, also deprived the applicant of access to the competent administrative tribunal – unjustifiably hindered the applicant’s use of an otherwise effective domestic remedy.’ Daar kan de Nederlandse bestuursrechter het hier mee doen: ‘extremely formalistic’!

## Een bredere kijk

Het ligt voor de hand een gebrek aan bevoegdheden als excuus op te voeren. Maar een tekort aan bevoegdheden verhindert geenszins de vaststelling van een schending in Straatsburg. In de zaak *Verein gegen Tierfabriken 2* werpt de Zwitserse regering op dat de bestuursrechter niet over de bevoegdheid beschikt om uitzending van de televisiespot te bevelen. Het EHRM antwoordt ‘that the Contracting States are under a duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet the requirements of the Convention (...)’.<sup>16</sup> In het geval van de Nederlandse bestuursrechter gaat het bovendien om onmacht waarvoor deze rechter zelf kiest. De Algemene wet bestuursrecht reikt meer dan voldoende bevoegdheden aan om een conflict ook in het voordeel van de burger (!) effectief te beslechten. Inmiddels is het maar liefst 15 jaar geleden dat het EHRM via het arrest *Hornsby* te kennen gaf dat een burger het zich onder het EVRM niet hoeft te laten aanleunen dat hij wordt geplet tussen de onwil

---

<sup>13</sup> EHRM 30 juni 2009, 32772/02, RvdW 2009/1292, NJ 2010/126, EHRC 2009/107 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland 2*), par. 94.

<sup>14</sup> EHRM 10 januari 2012, 22251/07 (G.R. t. Nederland), par. 54.

<sup>15</sup> EHRM 10 januari 2012, 22251/07 (G.R. t. Nederland), par. 55.

<sup>16</sup> EHRM 30 juni 2009, 32772/02, RvdW 2009/1292, NJ 2010/126, EHRC 2009/107 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland 2*), par. 97.

van het bestuur en de onmacht van de bestuursrechter.<sup>17</sup> Het is ook 15 jaar geleden dat rechter Morenilla er in een '*concurring opinion*' op wees dat de bestuursrechter zich onder het EVRM niet blind moet staren op het besluit als object van geschil: 'The object of administrative proceedings is formed solely by the originating application, from which the legal situations of the individuals concerned are derived.' Het is eerder de aanvraag die bepalend moet zijn voor de rechtspositie van de betrokken burger. Daarom moet de bestuursrechter niet alleen letten op het besluit zelf maar zijn blik verbreden. Hij moet ook letten op *wat er tevoren is gebeurd*. Laat hij deze woorden van het EHRM ter harte nemen:<sup>18</sup> 'The (...) decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the substance of the decision (...).' Het gedrag dat het bestuur bij het nemen van het besluit aan de dag legt, zegt iets over de daadwerkelijke inhoud van het besluit. De bestuursrechter moet ook in ogenschouw nemen *wat er tegelijkertijd gebeurt*. Het EVRM-recht vormt de grote bindende factor en bij de vraag of dat recht wordt geschonden, is ook de context van de besluitvorming van belang. In het arrest *Moser* wordt bijvoorbeeld een pasgeboren baby van de moeder afgepakt omdat de moeder in een troebele persoonlijke en financiële situatie verkeert en er problemen zijn rond haar verblijfsvergunning. Bij de vraag of hierdoor het recht op gezinsleven van artikel 8 wordt geschonden laat het EHRM zwaar meewegen wat er tegelijkertijd gebeurt, of beter gezegd, wat er in dit geval juist niet gebeurt. Zo hebben de Oostenrijkse autoriteiten helemaal niets ondernomen om de problemen rond de verblijfsvergunning op te lossen.<sup>19</sup> Tot slot gaat het niet alleen om het besluit maar ook om *wat er naderhand gebeurt*. In het arrest *Maslov* speelt een uitzettingsbesluit en de Oostenrijkse regering werpt op dat het EHRM bij de vraag of artikel 8 EVRM wordt geschonden uitsluitend mag letten op het gedrag van de klager gedurende de tijdsperiode tot de uitspraak van de bestuursrechter. Wanneer ook de periode na de uitspraak werd meegenomen was dat niet eerlijk en het was sowieso al niet eerlijk want de bestuursrechter moest zijn uitspraak baseren op de stand van zaken toen in administratief beroep het aangevochten uitzettingsbesluit werd genomen.<sup>20</sup> Het EHRM antwoordt dat het niet het uitzettingsbesluit beoordeelt maar de daadwerkelijke uitzetting en daarom rekening houdt met de periode tot de daadwerkelijke uitzetting.<sup>21</sup> Vanwege zo'n opstelling van het EHRM mag de bestuursrechter zijn ogen niet sluiten voor wat er na de vaststelling van het besluit of na het instellen van (hoger) beroep gebeurt. Nu heeft de bestuursrechter geen glazen bol en kan hij niet in de toekomst kijken maar wanneer er duidelijk onheil in de lucht hangt en het EVRM naderhand alsnog dreigt te worden geschonden, moet hij daar, bijvoorbeeld via extra expliciete of extra krachtige overwegingen of via overwegingen ten overvloede, een stokje voor proberen te steken.

<sup>17</sup> EHRM 19 maart 1997, 18357/91, NJ 1998/434 (Hornsby t. Griekenland); zie hierover F.M.C. Vlemminx, In the name of the law; Straatsburgse lessen over wetsnaleving en effectieve geschilbeslechting, in: NJB 2009, p. 1437-1438.

<sup>18</sup> EHRM 8 juli 1987, 9749/82 (W. t. het Verenigd Koninkrijk), par. 62.

<sup>19</sup> EHRM 21 september 2006, 12643/02, RvdW 2006/1128, EHRC 2006/129 (Moser t. Oostenrijk), par. 70.

<sup>20</sup> EHRM 23 juni 2008, 1638/03, RvdW 2009/78, NJ 2009/45, EHRC 2008/97 (Maslov t. Oostenrijk), par. 88.

<sup>21</sup> EHRM 23 juni 2008, 1638/03, RvdW 2009/78, NJ 2009/45, EHRC 2008/97 (Maslov t. Oostenrijk), par. 93.

## Slot

Ik betoog niet dat het besluitbegrip en allerlei onderscheidingen en tegenstellingen over boord moeten worden gegoooid. Neen, het zijn nuttige instrumenten maar het nut ervan heeft zijn grenzen. Knipt de bestuursrechter een zaak al te enthousiast in stukjes om vervolgens ieder stukje apart te behandelen, dan houdt hij zichzelf voor de gek en dwaalt hij te ver af van de werkelijkheid zoals in dat klassieke voorbeeld waarin de pijl nooit de boom kan bereiken. Eerst wordt immers de helft van de afstand afgelegd, vervolgens de helft van de resterende helft enzovoort, enzovoort. In werkelijkheid belandt de pijl heus in de boom en hopelijk hebben we het EHRM niet nodig om dat te constateren. Wanneer de bestuursrechter zich meer moeite getroost om de opdracht die de nationale rechter vanuit het EVRM krijgt, overtuigend te volbrengen, zullen zijn uitspraken minder aanleiding geven tot klachten bij het EHRM. Tegelijkertijd kan een minder formalistische en veel uitvoerigere behandeling van het EVRM door de nationale bestuursrechter ertoe bijdragen dat op nationaal niveau meer begrip wordt opgebracht voor de internationale oordeelsvorming in Straatsburg.